FADDA

SERVITU PREDIALI

1892

CARLO FADDA

PROFESSORE NELLA UNIVERSITÀ DI GENOVA.

LE SERVITÙ PREDIALI

SOPRA OD A FAVORE

DI FONDI *NULLIUS*.

FIRENZE,

TIPOGRAFIA DI G. BARBÈRA.

1892.

CARLO FADDA

PROFESSORE NELLA UNIVERSITÀ DI GENOVA.

LE SERVITÙ PREDIALI

SOPRA OD A FAVORE

DI FONDI *NULLIUS*.

FIRENZE,

TIPOGRAFIA DI G. BARBÈRA.

1892.

Estratto dal volume per le onoranze al prof. Filippo Serafini
per il suo XXXV anno d' insegnamento.

ELVERS, *la dottrina romana delle servitù* (die römische Servitutenlehre), pag. 30, 98, 752, (e sovr' esso KUNTZE, *Riv. crit. di Heidelberg*, II, 232); BÖCKING, *Pand.*, II, 1, § 159, 160 a, § 161, nota 12; SCHÖNEMANN, *le servitù* (die Servituten), pag. 16 (e sovr' esso BRUGI, *Studi sulla dottr. rom. delle serv. pred.*, II [*Arch. giur.*, XXVII], pag. 101, nota 4); JHERING, *Ann. per la dom.*, X, pag. 444, sg. (*articoli riuniti*, II, 229 sg.); WINDSCHEID, *Pand.*, § 200, nota 3 in fine, § 201, nota 1, § 215, nota 1, 3; DERNBURG, *Pand.*, 3ª ediz., I, § 254, nota 5; CZYHLARZ, *Cont. di Glück*, § 1727 g., pag. 126; WOLF, *Sulla derelizione del diritto e del possesso* (Ueber Dereliktion von Recht und Besitz), Göttingen, 1888, pag. 11, sg.; BIANCHI, *Trattato delle servitù legali*, I, pag. 111, n. 26.

§ 1.

Nel determinare il carattere del diritto reale frazionario, io, ed il carissimo amico e collega professore P. Emilio Bensa, annotando la traduzione italiana delle Pandette del Windscheid, scrivevamo: « I diritti reali frazionari hanno in sè un concetto di relatività, che toglie molta parte di vero all' affermazione, che l' intermediario di una persona non è necessario nei diritti reali. L' idea della persona, che è in relazione colla cosa, e che per ciò appunto si trova in una posizione assolutamente diversa da quella in cui sono i terzi estranei, a' quali incombe il dovere generale negativo, è indispensabile per lo *jus in re aliena*, ed in ispecie per le servitù. Il diritto frazionario si concepisce come una diminuzione del complesso di facoltà costituenti il dominio, epperò è sempre in relazione necessaria non colla cosa considerata per sè stessa, ma come formante oggetto di diritto di proprietà.[1] » In relazione con questo concetto, come dovrà risolversi

[1] WINDSCHEID, *Pand.*, ed. it., I, 1, pag. 577.

la questione della possibilità di servitù sopra od a favore di cose *nullius?* La questione non ha importanza pratica (JHERING e BIANCHI, ll. cc.), anche perchè, data la non molto frequente ipotesi dell' abbandono del fondo servente, nella più parte de' casi si avrà l' occupazione di questo da canto di chi ha interesse a tener ferma la servitù, se pure si può parlare in tal caso di occupazione. Riconosce però il BIANCHI l'interesse teorico della questione: e ciò si capisce tosto, ponendola in relazione colle affermazioni sopra riferite. Facciamo distinzione fra abbandono del fondo servente ed abbandono del fondo dominante.

§ 2.

Alcuni ritengono che senz'altro venga meno la servitù quando il fondo servente diventi *nullius*. Di tale opinione è il BÖCKING (l. c.) fondandosi appunto su ciò, che la servitù importa restrizione di un diritto di proprietà, e quindi non può sussistere senza coesistere con questo. Il professore FERDINANDO BIANCHI (l. c.) ritiene « un non senso » l' idea di servitù applicata ad un fondo senza padrone. « Servitù implica, necessariamente, diseguaglianza di posizione giuridica tra due fondi, ossia uno stato di sommissione legale di un fondo verso l' altro. Ora questo può avere un significato quando i due fondi, essendo oggetto di un diritto di proprietà, presentano, ciascuno, una propria e distinta entità giuridica; mentre la diseguaglianza di condizione non s' intende rispetto a un fondo *nullius,* il quale, finchè resta tale, esiste solo come cosa materiale, e non come oggetto di un rapporto giuridico. » Il BIANCHI soggiunge, che non basta la materialità di un vantaggio, che un fondo reca ad un altro: altrimenti sarebbe servitù anche il beneficio arrecato da un fondo ad un altro fondo dello stesso proprietario. Tuttavia ammette, che anche dopo la derelizione del fondo servente perduri il vantaggio, che la servitù conferiva, e che il proprietario del fondo già dominante avrà anche il *diritto* di goderne di fronte ai terzi. Anzi giunge persino a riconoscere la possibilità di acquistare per la prima volta un tal diritto sopra il fondo di nessuno. « Ma questo diritto, finchè il fondo rimane *nullius,* non può avere l' indole e il carattere di un diritto di servitù; sarà invece, e semplicemente, una facoltà liberamente esercitata, cioè, una modalità, una speciale estensione di proprietà, quasi un' appendice di questa; e potrà assu-

mere il vero carattere di servitù, solamente quando quel fondo di nessuno ritrovi un padrone, perchè allora soltanto, *nel contrasto fra le due proprietà,* avrà origine quel rapporto di avvantaggiamento da un lato, di scapito dall' altro, senza del quale è perfettamente vano il parlare di servitù. »

§ 3.

Le fonti romane non hanno alcuna esplicita decisione della questione in ordine alle servitù prediali. Invece per l' usufrutto ammettono, che esso perduri malgrado della manumissione dello schiavo, che ne forma oggetto, per parte del proprietario: manumissione che si considera solo come *derelictio.*

ULPIANO, *Reg.* 1, 19 (cfr. DOSITH, § 11; fr. 28, 5, 9, 20; c. 7, 15, 1).

« Servus, in quo alterius est ususfructus, alterius proprietas, a proprietatis domino manumissus liber non fit, sed servus sine domino est. »

In definitiva noi abbiamo un diritto reale frazionario sopra un *servus nullius.* Nota molto bene lo CZYHLARZ,[1] che non si ha in ciò nè una specialità relativa allo schiavo, nè una specialità propria dell' usufrutto. La sola peculiarità è, che la legge attribuisce alla manumissione l'effetto di una derelizione: l'esistenza dell' usufrutto impedisce la liberazione dello schiavo, ma non che esso diventi *nullius.* Anche l' usufrutto è una limitazione di proprietà, uno *jus in re aliena.* Eppure perdura malgrado cessi la proprietà sulla cosa gravata. La logica vuole, che lo stesso debba ritenersi per le servitù prediali. Chi può supporre, che il titolare di una *servitus oneris ferendi* la perda solo per ciò, che il proprietario del fondo servente lo abbandoni, non volendo far le spese di mantenimento? Non avrebbero le fonti accennato in qualche modo a questa disastrosa conseguenza? E sia pure, che il concetto, che mostreremo illogico, di un diritto che si mantiene, ma non come servitù, fosse stato ammesso, non si sarebbe in qualche modo fatta allusione a ciò?

Il nostro Codice civile (art. 643) riconosce la facoltà d' abbandono nel proprietario del fondo servente tenuto in forza del titolo alle spese necessarie per l' uso o per la conservazione della

[1] Op. cit., pag. 129 e seg.

servitù. Ma, a tenore della sua lettera, pare che l' abbandono liberi quando sia fatto non *pure et simpliciter*, ma al proprietario del fondo dominante. E in tale ipotesi non vi sarebbe difficoltà: la servitù vien meno per confusione. Ma pongasi, che il proprietario del fondo dominante non voglia saperne di acquistare il fondo servente. È evidente, che la liberazione ha luogo del pari, perchè altrimenti si renderebbe illusorio il beneficio dell'abbandono, facendolo dipendere dall' arbitrio di chi è interessato a che questo non abbia luogo; com'è del pari evidente, che non si può costringere il proprietario del fondo dominante ad acquistare il fondo servente « beneficia (se pur è *beneficium*) in invitum non conferuntur. » L'abbandono puro e semplice rende perciò *nullius* il fondo servente. Ma si può supporre, che da ciò derivi l'estinzione della servitù? L' enormità della conseguenza salta tosto agli occhi. La mala fede del proprietario del fondo servente avrebbe buon giuoco. Tant' è che il professore BIANCHI si affretta a dire, che si estingue la servitù, come tale, ma non cessa il *diritto* di godere del relativo vantaggio. Ma questo è un ripiego che mostra la fallacia dell' avviso del BIANCHI.

§ 4.

Che sorta di diritto è questo che resterebbe secondo il BIANCHI? A prendere alla lettera la descrizione, che egli ne dà, è un diritto reale, perchè lo ritiene efficace di fronte ai terzi, e lo considera come speciale estensione della proprietà. Ma questo diritto reale, che non è diritto di proprietà, non può essere che un diritto frazionario, epperò appunto *in re aliena*. La difficoltà, che fa dire al BIANCHI essere un non senso il diritto di servitù sopra un fondo *nullius*, conduce a far dichiarare un non senso qualunque diritto reale frazionario, che appunto perchè tale importa restrizione di una proprietà altrui. Dunque bisogna essere logici: o negare affatto, che il vantaggio perduri, o riconoscere che perdura come diritto di servitù. E qui andiamo oltre. Questo preteso diritto, di un carattere così indefinito, che non può naturalmente essere un diritto di obbligazione, perchè non vi è persona obbligata (anzi non si ha di fronte ad alcuna persona determinata), che non limita la proprietà altrui, perchè proprietà altrui non esiste, potrebbe secondo il BIANCHI acquistarsi per la prima volta sul fondo di nessuno. Ossia, diciamo noi, per via di occu-

pazione. Nel che consente lo ELVERS (p. 752), confutando l'opposto avviso del KUNTZE. Lascio da banda la questione pel diritto romano, e mi fermo addirittura al diritto moderno, domandando, se una tal forma d'acquisto può inquadrarsi nel nostro sistema legislativo. L'art. 710 del Codice civile in modo netto e reciso afferma, che *la proprietà* può acquistarsi coll'occupazione, mentre gli altri modi d'acquisto, che enunzia (successione, donazione, convenzione, prescrizione), riferisce alla *proprietà* ed agli altri *diritti sulle cose.* E lascio da parte ogni altro riflesso, che facilmente può farsi considerando il modo con cui il nostro Codice regola la prescrizione delle servitù, e la pubblicità delle convenzioni costitutive di diritti reali immobiliari in genere. A me pare davvero un non senso sostenere la possibilità della occupazione di una servitù o diritto reale su fondo *nullius.*

Come si fa poi ad ammettere, che quel diritto di carattere così incerto, in cui si è trasformata la servitù per l'abbandono, o che è sorto per occupazione, ritorni ad essere, o rispettivamente diventi, una servitù pel solo fatto, che il fondo *nullius* viene occupato da qualcuno? Quale può essere mai il titolo legale per questa metamorfosi? O non è più semplice e più logico parlare, in tutti i casi, di servitù? [1]

§ 5.

Resta che si ponga d'accordo il perdurare della servitù col concetto del diritto reale frazionario da noi sopra affermato. La cosa non è difficile. Osserva il WINDSCHEID: « La servitù attribuisce la facoltà che attribuisce, non solo contro il proprietario, ma anche in egual guisa contro ogni terzo; il rapporto del titolare al proprietario viene accentuato specialmente, perchè questi, come tale, ha un diritto opposto, che appunto è vinto colla servitù.[2] » Secondo noi quando si tratti di diritti reali frazionari, la posizione

[1] Nel BIANCHI la opinione, che combattiamo, è illogica anche per un altro verso. Egli infatti (pag. 145 e seg., n. 39) ritiene, che il fondo servente sia, non già *oggetto,* ma *soggetto passivo* del diritto. Questo concetto è decisamente inesatto, come quello che trasporta nel campo de' diritti reali idee proprie delle obbligazioni: e ad ogni modo porterebbe alla conclusione logica di ammettere, che il fondo dominante è il *soggetto attivo,* ciò che il BIANCHI giustamente nega. Ma esatto o no, questo concetto porta alla continuazione della servitù malgrado la derelizione del fondo servente. Infatti se vi è l'oggetto (così il BIANCHI, ma deve meglio dirsi il *contenuto*) e se vi sono i *soggetti,* quale altro elemento essenziale manca?

[2] § 201, nota 1 in fine.

del proprietario, possessore o titolare di altro diritto reale sulla cosa, di fronte a quei diritti è diversa da quella di ogni altro terzo. Il proprietario, possessore ec., è tenuto *in prima linea* a fare, non fare o tollerare; tutti gli altri sono tenuti a rispettare quel diritto frazionario come in genere debbono rispettare qualunque altro diritto. Il concetto normale della servitù, come diritto reale frazionario, è precisamente, che il titolare di essa esercita il suo diritto sulla cosa in rapporto specialmente a chi la rappresenta. Le cose, specialmente poi gli stabili, sono destinate appunto ad essere in proprietà di qualcuno. Lo stato normale è appunto questo. Giuridicamente la condizione di abbandono non può essere che anomala, epperò si suppone sempre il ripristinamento della proprietà. La servitù di fronte ad una *res nullius* ha sempre in sè l'idea della restrizione della proprietà. Se, come vedremo, sussiste l'elemento passivo del diritto quando manchi l'attivo, solo perchè si aspetta il ripristinamento di questo, perchè non avrà luogo il rapporto inverso? Siamo di fronte a un diritto di proprietà, che si suppone perdurare per rendere possibile la persistenza del diritto reale frazionario. Un non spregevole argomento se ne ha in una ipotesi cui appunto fa richiamo il BIANCHI, l'ipotesi del dominio dei due fondi in mano di una stessa persona. La confusione estingue i diritti reali frazionari: questi però restano sia per riguardo a ragioni che sovr'essi vantino terzi, sia per riguardo a un possibile vantaggio da assicurare al proprietario. Così se sul *prædium dominans* vi sia un'ipoteca e il debitore proprietario acquisti il *prædium serviens,* la servitù non verrà meno ne' rapporti col creditore ipotecario.[1] Così, le ipoteche spettanti all'acquirente di uno stabile su questo stesso stabile non solo rivivono dopo il rilascio da esso fatto ai creditori ipotecari anteriori all'acquisto, ma perdurano anche dopo l'acquisto, tant'è che debbono essere conservate colla rinnovazione della iscrizione (articoli 2017, 2032 Cod. civ., Cass. Roma, 30 aprile 1880. *Legge,* 1880, I, 535). Or bene, quel che avviene nella ipotesi della confusione, perchè non dovrà ammettersi anche in quella della derelizione? La proprietà non è più di colui, che ha fatto l'abbandono, ma resta all'effetto di conservare la servitù. *Remanet propter servitutem proprietas.*[2]

[1] JHERING, op. cit., pag. 450 (234).

[2] Cfr. JHERING, loc. cit.

§ 6.

Che dovrà dirsi della ipotesi in cui la derelizione abbia luogo per parte del proprietario del fondo dominante? Anche su questo punto le opinioni sono divise. BÖCKING ritiene, che la servitù perduri, perciò che il fondo dominante, e non il proprietario di esso sia il titolare della servitù. Ma non occorre spendere parole contro questa personificazione del fondo dominante, ormai definitivamente ripudiata dalla scienza. Tengono per la continuazione della servitù anche JHERING,[1] WINDSCHEID[2] e DERNBURG.[3] La negano ELVERS, CZYHLARZ, WOLF.[4] L' argomento di JHERING è che lo scopo della servitù prediale è di carattere permanente. « Esso tanto poco forma tutt' uno co' bisogni ed interessi transeunti dell' acquirente o del possessore *pro tempore* della servitù, che una restrizione della servitù a questi ultimi è, secondo noti principii giuridici, persino impossibile. Certamente il proprietario *pro tempore* può raggiungere tale scopo rinunziando alla servitù o lasciandola venir meno per non uso, ma se egli non ha ciò fatto, il rapporto perdura anche dopo il suo allontanamento, così come sussisteva finora. Poichè colla separazione per parte sua, cessa lo scopo della servitù solo *per lui*, non già *in sè*; ma collo scopo perdura inalterata la qualifica giuridica dei due stabili ad essi corrispondente. » Ed egli insiste specialmente su ciò, che nelle fonti la servitù è designata come una qualità, un modo di essere del fondo (fr. 8, 6, 12; fr. 50, 16, 86). Risponde lo CZYHLARZ, che nella *derelictio* non si tratta solo di una semplice separazione del soggetto da un diritto che in sè perdura, ma di estinzione totale, assoluta, oggettiva di questo. Vi è nell' abbandono una rinunzia alla servitù. « Poichè chi abbandona uno stabile, si spoglia per tal modo non solo di questa cosa in modo assoluto, ma certo anche di ogni diritto, che a lui spetta a scopo del miglior godimento di questa cosa, quindi, con altre parole, non solo della proprietà, ma anche della servitù prediale connessavi. » Però non è cosa troppo piana il dimostrare, che la rinunzia alla proprietà importi la speciale rinunzia alla servitù.

[1] Op. cit.
[2] § 215, nota 3.
[3] Loc. cit.
[4] Loc. cit.

Se Czyhlarz dice, che vi è errore fondamentale nel ritenere, che nella *derelictio* è solo una separazione della persona dal diritto, non una totale estinzione di questo, a me sembra, che a più forte ragione si possa qualificare come errore fondamentale il parificare la rinunzia alla proprietà alla rinunzia alla servitù. Chi rinunzia alla proprietà, rinunzia a un diritto, che non è in ispecial modo rivolto contro una o più persone, ma contro tutti; chi rinunzia alla servitù, come, in genere, ad un diritto reale frazionario, rinunzia ad un diritto, che *in prima linea* s'impone al proprietario del fondo servente, e ne restringe il dominio. Ora una *derelictio* pura e semplice può ammettersi nel primo caso: nel secondo caso la rinunzia non può risultare da un atto equivoco, ma deve essere posta in essere nei rapporti col proprietario del fondo servente, che se ne avvantaggia. Diciamo che la *derelictio* del fondo è un atto equivoco. E ciò perchè da essa risulta solo, che il proprietario intende separarsi dal fondo. Questo è tutto il suo intento. Se si pretende, che egli ha voluto anche togliere al fondo i vantaggi che vi erano connessi, bisogna anzitutto dimostrare questa speciale direzione della volontà, e poi stabilire che la manifestazione ebbe luogo nei rapporti col rappresentante del fondo servente, e in genere riveste i caratteri di una rinunzia valida. Come si può legittimamente presumere una tal volontà, che costituisce una rinunzia? Dice assai bene il Windscheid (l. c.): « La volontà di chi fece l'abbandono era rivolta a spogliarsi della sua proprietà, ma non a spogliarsi della servitù. »

Il vero è che la normale condizione del fondo è quella sopra indicata, l'essere *in dominio alicuius*. Epperò pel futuro proprietario si conserva il diritto di servitù.

Genova, aprile 1892.

Carlo Fadda.